



Laura Mai

(dottoranda di ricerca in Istituzioni e politiche comparate
nell'Università di Bari)

Il sentimento religioso come fattore di realizzazione personale e sociale nelle democrazie contemporanee¹

SOMMARIO: 1.1 - Sentimento religioso e secolarizzazione – 1.2 - Pluralismo costituzionale e tutela del sentimento religioso: profili di un'indagine postpositivistica e multiculturalista – 1.3 - Il Pluralismo ragionevole come paradigma giuspubblicistico del sentimento religioso – 1.3.1 - Segue: Conferme normative e giurisprudenziali dell'intrinseca razionalità del pluralismo religioso – 1.4 - Il sentimento religioso come fattore democratico di realizzazione personale e sociale. Una rilettura della teoria dell' «integrazione» di Rudolf Smend – 1.5 - Conclusioni.

1 – Sentimento religioso e secolarizzazione

Legislazione: art. 2 Cost., art. 11 Cost.

Bibliografia: Botta 2002 - Prodi 2000 – Moccia 2005 – Weber 1920-1921 – Schmitt 1917-1918 – Schmitt 1922 – Hobbes 1651 – Jellinek 1911 – Benedetto XVI 2006 – Kelsen 1934 – Colaizzi 2000 – Rawls 1999.

Per quanto paradossale possa apparire, il sentimento religioso – inteso come libertà di coscienza e libertà di professare un culto (Botta, 2002, 153) – diviene oggetto specifico di tutela giuridico-costituzionale e, dunque, viene inteso come elemento imprescindibile della piena realizzazione della persona umana, proprio con l'affermarsi e l'evolversi di società postmetafisiche e secolarizzate. Società, come quelle europee del secondo novecento e quella americana di inizio novecento, caratterizzate dal pluralismo ideologico e confessionale, dove il fattore religioso perde il suo carattere 'assoluto' e demonizzante per divenire elemento armonico di una visione complessa dell'essere umano in quanto, prima di tutto, cittadino consapevole, dotato di autodeterminazione.

Il processo che ha condotto le società postbelliche del secondo novecento a riconoscere nella libertà religiosa un valore di necessario completamento dell'essere umano è, per certi versi, un processo inverso a quello che ha portato lo Stato moderno ad affrancarsi – dal punto di

¹ In corso di pubblicazione in P. Cendon - R. Torino (a cura di) *Realizzazione personale e risarcimento del danno*, Giuffrè, edizione Trattati.



vista delle prescrizioni giuridiche e morali – dall'ordine teologico-spirituale della Chiesa, dalle sue pretese universalistiche contenute nella nozione di *vera religio*, dall'ipostasi di "giustizia divina" così come tratteggiata nel diritto canonico (Prodi, 2000, 59-98; Moccia, 2005, 20-26).

Il primo, infatti, è stato un processo di "complicazione" sia dei diritti dell'individuo che delle richieste della società (Weber, 1920-1921, vol. 1), il secondo, invece, è stato, per così dire, un processo di "semplificazione".

Vediamo entro quale logica.

È indubbio che uno dei primi conflitti prodottisi all'interno della scienza giuridica sia stato quello tra l'ordine secolare del legislatore laico e quello teologico-spirituale della Chiesa (e quando si dice Chiesa è a quella cattolica che si fa principale, e quasi esclusivo, riferimento). Una lotta che aveva come posta principale la delimitazione dei confini concettuali della stessa nozione di "ordinamento giuridico". Una nozione che potesse influenzare il *modo d'essere* della società e la trama di rapporti in essa espressi (Schmitt, 1917-1918, 41; Schmitt, 1922, 29-75; Schmitt, 1970).

Il processo che ha dato origine allo Stato moderno, infatti, nasce dalla lotta contro la Chiesa e dall'emancipazione del diritto dalle pretese universali di questa.

Si può dire – volendo semplificare e schematizzare il discorso – che, all'inizio di questo scontro, vige la dottrina della dualità del potere, o delle due spade, formulata esplicitamente in una famosa epistola di papa Gelasio all'imperatore Anastasio. Una dottrina che contemplava un equilibrio instabile tra la "spada" rappresentata dal potere temporale dell'Imperatore, e la "spada" incarnata nel potere spirituale della Chiesa: un composto difficile da maneggiare, in ragione del fatto che la Chiesa pretendeva, se non di detenere essa anche il potere temporale, quantomeno di subordinare questo alla sua autorità spirituale.

Con l'emergenza dello Stato moderno, teorizzata da Hobbes nel *Leviathan* (Hobbes, 1651), la situazione cambia in maniera radicale. Ciò perché lo Stato si configura, ora, come il detentore di una *plenitudo potestatis* che non tollera concorrenti. Come scriverà uno dei padri della scienza giuspubblicistica di inizio novecento, nel tentativo di legittimare l'autonomia compiuta dello Stato rispetto a residui giusnaturalistici di origine ecclesiastico-canonistica, «lo Stato dei tempi moderni si attribuisce il diritto esclusivo di regolare le relazioni esteriori della vita degli esseri umani e di assegnare a ciascun individuo, così come ad ogni associazione, la sua propria condizione giuridica, senza



dover condividere un tale diritto con nessun altro potere» (Jellinek, 1911,400).

Dunque, alla dottrina delle due spade succede una dottrina della spada unica. Ma perché la Chiesa non può accettarla?

Non solo, evidentemente, per ragioni abbastanza ovvie di conflittuale dinamica istituzionale, ma, soprattutto, per motivi legati a un'idea di diritto, quale è quella della Chiesa, diametralmente opposta a quella di cui è portatore lo Stato moderno assieme a quella scienza giuridica (di cui Jellinek è autorevole esponente) che ne teorizza, in termini strettamente giuspositivistici, l'emancipazione da qualsiasi ideale trascendente e assoluto di giustizia. Anche di giustizia sociale (Benedetto XVI, 2006).

Ci si trova dinanzi, in questa fase storica, alla contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo, tra un diritto proveniente dalla divinità e un diritto – per usare un'efficace espressione nietzschiana – “umano troppo umano”. Il primo imm modificabile, eterno ed universale, il secondo cagionevole, provvisorio, relativo a certi agglomerati sociali storicamente dati (Kelsen, 1934).

Il diritto positivo statuale tende a sganciarsi, in questa prospettiva, dal concetto di un ordine superiore di giustizia, che riesca universalmente ad informare i rapporti sociali e politici, per ancorarsi a un'idea di sovranità, di originarietà che risulta “limitata” solo perché il suo titolare (lo Stato) si pensa e si vuole limitato, cioè in virtù di un fatto meramente soggettivo che non ha alcuna rilevanza concettuale, né proiezione normativa. Il sovrano, qui, può sempre cambiare attitudine rispetto ai limiti da lui prima accettati e, dunque, anche travolgerli. Se fosse altrimenti, se la sovranità fosse materialmente limitata, allora – si teme – dovrebbe reintrodursi l'antico principio di legittimità per ciò che concerne l'ordine sociale e politico, un principio basato sulla compatibilità giuridica e istituzionale delle azioni statuali rispetto a un disegno giusnaturalisticamente orientato al perseguimento del sommo bene per l'uomo.

Non è questa la sede per analizzare anche solo in superficie le teorie e le correnti di pensiero riconducibili alla schematizzazione oppositiva che si è tentato di delineare.

Ciò che piuttosto si cerca di evidenziare è come questa tendenza del giuspositivismo a separare – nelle sue diverse forme e manifestazioni – l'ambito strettamente giuridico dall'ambito morale e dallo stesso sentimento religioso (che qui rileva proprio come fabbisogno morale di “verità” di mutua contaminazione tra un'ideale di giustizia connaturato all'essenza dell'uomo e la sua attività politica e sociale) abbia rappresentato una parte di quello sfondo “escludente” e



“dogmatico”, sul quale i totalitarismi della seconda metà del novecento hanno potuto innestarsi (Prodi, 2000, 438). E ciò è potuto accadere anche perché tale secolarizzazione spinta delle dinamiche sociali ha contribuito non poco a scardinare il principio di responsabilità dei governi nei confronti dei governati, rendendo legittimi – sulla base di neutri legalismi – ordinamenti giuridici votati ai più incredibili soprusi.

Le costituzioni del secondo novecento hanno rovesciato questa impostazione.

Tra queste, in particolare, la costituzione italiana, che diventa emblematica dell’irrompere di un nuovo giusnaturalismo. D’altra parte non è casuale che la presenza della corrente cattolica abbia influenzato in modo determinante la visione d’insieme che la nostra costituzione presupponeva e, tuttora, presuppone.

Si tratta di un neo-giusnaturalismo che proietta tutto il suo variegato potenziale contro il positivismo e le degenerazioni dell’idealismo, in nome del valore della persona umana come “io sociale”, in contrasto con l’individualismo nuovamente incombente. «Nella vita concreta, le istituzioni», è stato osservato, «in quanto strutture producono (...) norme nelle quali si rappresentano interessi e valori di gruppi e di individui non come singoli (gli individui singoli non esistono) ma in quanto *personae*, in quanto indossano “vestiti sociali”» (Prodi, 2000, 456).

L’intreccio tra i Principi fondamentali e gli istituti di carattere organizzativo della Prima parte della costituzione italiana fu concepito e accolto come asse di un processo innervato sulla dignità della persona, sul riconoscimento dei suoi diritti inviolabili (art. 2 Cost. it.), entro un quadro più ampio di coesione e riconoscimento sociale (Colaianne, 2000, 13-60).

Il sentimento religioso, in un contesto caratterizzato da forme di pluralismo etico, politico e sociale (Rawls, 1999, 23-87), riacquista un ruolo decisivo, non più marginalizzato e ritenuto incongruo rispetto alle costruzioni giuridiche, e diventa, anziché un fattore di divisione (espressione di fronti contrapposti e in lotta fra di loro) un fattore di unità (costituzionale). Ciò proprio in virtù del riconoscimento sociale, prima che politico, della possibilità di una piena libertà di coscienza (oppressa durante i totalitarismi) e della connessa libertà di manifestare pubblicamente le proprie convinzioni morali e religiose, senza alcuna forma di censura.

Il fattore religioso, inteso come *idem sentire* di una comunità, diventa una specie di “principio-valvola”, attraverso il quale si può intravedere nell’Altro, nel diverso da noi, una sostanza comune, l’appartenenza eguale, e altrettanto fondata, al genere umano.



Non è casuale, ad esempio, che la costituzione italiana riconosca, all'art. 11, quel principio di pace e di giustizia fra le nazioni che l'universalismo e l'ecumenismo religioso avevano predicato come elementi essenziali per rappresentare e spiegare un ordine globale, una "civitas maxima" fondata sul reciproco rispetto fra i popoli, secondo i valori di dialogo e di fratellanza tra Stati.

1.2 - Pluralismo costituzionale e tutela del sentimento religioso: profili di un'indagine postpositivistica e multiculturalista

Legislazione: artt. 10 - 11 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo – artt. 3-7-8-19-20 Cost.-

Bibliografia: Russo - Quani 2006 – Groppi 2001 – Filoramo 2004 - Bobbio 1983 – Rimoli 2001 – Habermas - Taylor 2003 – Lanzillo 2005

Com'è noto, la libertà di religione ha assunto, nel tessuto complessivo dei diritti fondamentali dei Paesi democratici, una valenza centrale e, sotto certi aspetti, "universale". Basti pensare all'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, ove si afferma che ogni individuo gode della «libertà di pensiero, di coscienza e di religione», con l'avvertenza che il riconoscimento di tale diritto «include» «la libertà di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto o nell'osservanza dei riti».

Analoga disposizione si rinviene nell'art. 9 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa in cui, oltre a reiterare il nesso libertà di pensiero - di coscienza - di religione, al secondo comma, si statuisce che eventuali "restrizioni" a tale libertà composita potranno derivare esclusivamente da quelle misure – stabilite per legge – «necessarie, in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui» (Russo - Quani, 2006, 174).

Più di recente l'art. 10 della Carta dei Diritti dell'Unione europea, siglata a Nizza nel 2000, ribadisce il diritto di ogni individuo

«alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o



collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti» (Groppi, 2001, 92).

La Carta repubblicana italiana, da parte sua, dedica al fenomeno religioso ben cinque articoli (artt. 3, 7, 8, 19 e 20), attraverso la lettura dei quali appare, immediatamente, il collegamento funzionale e necessario tra "foro interno" e "foro esterno", nel senso che il diritto di "provare" un sentimento religioso non può essere scisso dalle conseguenze "sociali" che questo bisogno interiore comporta o determina. Effetti "sociali" legati, da un lato alla libera manifestazione delle proprie convinzioni religiose, e, dall'altro lato, alla necessità di evitare discriminazioni o esclusioni all'interno della comunità di riferimento, basate sulla professione o sull'appartenenza *di* o *a* un certo credo religioso.

In un assetto democratico, dunque, il collegamento tra fede religiosa e legame sociale eventualmente fondato anche sull'identità religiosa esiste, ma si tratta di piani che, giuridicamente, vanno tenuti distinti, proprio per evitare che la "naturale" assolutizzazione della singola prospettiva fideistica possa degenerare in pretesa di conformazione degli "altri", dei "non credenti" (in quella particolare religione, o nella religione tout court), ad assoggettarsi a questo o a quel sentimento religioso dominante in una certa società.

Non va mai dimenticato, infatti, - soprattutto in questa delicata fase storica in cui la legittimazione politica degli Stati europei, ma anche negli Stati Uniti d'America (basti pensare a quel filone culturale che ha preso il nome di "teo-con", ad indicare un conservatorismo religioso di tipo reazionario che intende giustificare la "guerra" o i tentativi di esportazione della democrazia, basandosi su una particolare lettura dei precetti religiosi) sembra sempre più tentata di avvalersi di forme "religiose" di consenso sociale - che nelle «costituzioni vigenti degli stati liberali, democratici e laici (nel senso di non confessionali)» (Filoramo, 2004, 321-352),

«sotto la libertà religiosa è compresa anche la libertà di non avere alcuna religione. Ciò vuol dire in parole povere che la tolleranza si estende anche agli atei. (...) Si badi che l'unica restrizione prevista, per fare un esempio che ci tocca da vicino, della nostra Costituzione (art. 19) si riferisce ai riti contrari al buon costume: è una limitazione che riguarda se mai alcune religioni o sette religiose, e non tocca coloro che non avendo alcuna religione non vogliono compiere riti» (Bobbio, 1983, 168-169).

Ci pare importante questa precisazione. L'art. 19 della Cost. italiana va certamente inteso come il luogo della disciplina complessiva del sentimento religioso, in ogni sua forma,



«o meglio come il momento della garanzia della libertà di coscienza di ciascuno in ordine ai quesiti fondamentali sul senso dell'esistenza, individuale e collettiva» (Rimoli, 2001, 646).

Ciò significa che non si può, eventualmente, limitare l'applicazione dell'art. 19 al «solo atteggiamento "positivo" rispetto all'atto di fede», perché in questo caso si lederebbe il principio di laicità dello Stato e, cosa ancora più grave, il principio di uguaglianza.

Si tratta di un punto cruciale.

La superiorità fattuale di questo o quel determinato "credo" religioso all'interno di una determinata società, così come la prevalenza di una consuetudine o di un costume agnostico, non devono rappresentare una pre-condizione di integrazione del singolo nella comunità, ma, una scelta individuale che, solo se liberamente manifestata e professata, può

«recuperare quell'aspetto di coesione (e non di separazione) che deriva dal comune senso di smarrimento del singolo di fronte alla propria esistenza, creando così le condizioni per respingere ogni considerazione "quantitativa" rispetto all'appartenenza stessa» (Rimoli, 2001, 646-647; Habermas - Taylor, 2003; Lanzillo, 2005).

Se si assume questo punto di vista, si può cominciare ad ammettere che il "sentimento religioso" e, in particolare, il suo riconoscimento, come fattore di realizzazione personale, passa, dal punto di vista giuridico "primario!", attraverso l'accettazione di una precisa "etica costituzionale". Un'etica secolarizzata che proprio fondandosi sulla separazione tra Chiesa e Stato, recupera la radice comune ad entrambi gli 'ordini' (ordinamenti), di un giusnaturalismo personalistico, in cui la tutela "totale" dell'uomo si sposa con una visione universalistica della dignità umana, consistente

«in larga misura nell'autonomia, cioè nella capacità di ogni persona di farsi da sé un'idea della vita buona» (Habermas - Taylor, 2003, 44).

Se si è formata questa convinzione – si domanda Bobbio -,

«tanto da non consentire più alcuna distinzione tra credenti e non credenti rispetto al diritto di professare le proprie fedi (e quindi anche la fede in un universo senza Dio), qual è la ragione se non la convinzione, formatasi attraverso il lungo processo di secolarizzazione, che si può giustificare l'obbedienza alle leggi morali senza bisogno di ammettere l'esistenza di Dio?» (Bobbio, 1983, 169).

E' ovvio che quel particolare imperativo "autonomistico" del singolo, all'interno di una società pluralistica, rischia di trasformarsi in nichilismo relativistico se ci si ferma alla considerazione formalisticamente "vuota" di una morale Kantiana. L'etica pluralistica



è, solo entro certi limiti, relativa a singoli “sistemi” di pensiero. La considerazione della dignità umana trova, infatti, consistenza in quei valori sostanziali di libertà e di uguaglianza che le costituzioni del secondo dopo guerra hanno riconosciuto.

Il riferimento, ad esempio, al divieto di discriminazione basato sul fattore religioso non implica soltanto la realizzazione di una politica culturale e sociale di “non-ingerenza” nella sfera privata del singolo, ma veri e propri interventi – da parte del pubblico potere – per rendere concretamente coesistenti (attraverso un certo indirizzo scolastico multiculturalistico, una politica del lavoro rispettosa dei bisogni e delle peculiarità religiose degli immigrati, etc...) tradizioni e costumi religiosi afferenti a diverse idee di civiltà umana.

La “vita buona” del singolo, cioè, anche come capacità di scelta di uno stile di vita religioso o agnostico non può prescindere da una nozione di “bene comune”.

1.3.- Il Pluralismo ragionevole come paradigma giuspubblicistico del sentimento religioso.

Bibliografia: Marramao 2003 – Ferrari - Ibàn 1997 – Rawls 1982 – Rawls 1999

In altri termini, la libertà religiosa, in società non soltanto pluralistiche ma dichiaratamente multiculturali diventa, o può divenire, fattore importante e cruciale di inclusione sociale, e dunque di allargamento della base convenzionale del consenso nei confronti delle istituzioni giuridico-democratiche strutturanti la convivenza comune all'interno di uno o più ordinamenti, oppure, se strumentalizzata e piegata a ragioni fondamentalistiche di parte (attraverso l'exasperazione ideologica di precetti religiosi intolleranti e ostili nei confronti degli altri culti), pericoloso elemento di esclusione sociale e di discriminazione aperta o strisciante.

Il pluralismo religioso che sembrava un postulato pacifico degli Stati costituzionali formatisi all'indomani del secondo dopoguerra del secolo scorso - pacifico perché, da un lato, ritenuto questione secondaria o subordinata rispetto a problemi economico-sociali maggiormente sentiti e avvertiti all'interno del dibattito dell'epoca, e, dall'altro lato, perché ritenuto una conseguenza, per così dire, scontata, dell'applicazione e dello svolgimento dei principi costituzionali di dignità della persona, di libera manifestazione del pensiero e di pluralismo socio-istituzionale -, diventa sempre di più un crinale teorico attraverso il quale tentare di leggere le spaccature possibili e le



linee di frammentazione delle società c.d. postmoderne (Marramao, 2003).

La libertà religiosa, inoltre, sembrerebbe oggi rappresentare quel nodo gordiano di valutazione delle possibilità di tenuta della convivenza sociale all'interno degli ordinamenti giuridici attuali, caratterizzati da una perdita progressiva di una base comune di riconoscimento a seguito del tramonto delle grandi ideologie del Novecento – quale il marxismo – e, pericolosamente anche della messa in discussione della stessa nozione di "Stato laico" (Ferrari-Ibàn, 1997, 1 - 45).

La perdita, all'interno degli ordinamenti statuali, di una base omogenea di valori condivisi, anche riguardo allo stesso testo costituzionale, e dunque la consapevolezza, sempre più acuita, di una disomogeneità di valori quale elemento caratterizzante di società strutturate secondo criteri di appartenenza multirazziali e multietnici, induce a prediligere quelle ricostruzioni teorico-costituzionali che tentano di fondare la permanenza democratica degli ordinamenti attuali sull'idea di un consenso ragionevole o consenso per intersezione (*overlapping consensus*). Come è noto si tratta di un concetto elaborato da Rawls (Rawls, 1982, poi ripreso dallo stesso Autore nel libro *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1993 e 1999), i cui presupposti si concretano nel "pluralismo ragionevole" e nella "nozione di società ben ordinata". In una società ben ordinata – scrive Rawls – tutti i cittadini sostengono la stessa concezione politica della giustizia, anche se essi non lo fanno per ragioni identiche dall'inizio alla fine. Proprio questo è il punto: i cittadini hanno idee religiose, filosofiche e morali diverse e contrastanti, per cui giungono a sostenere tale concezione politica partendo da dottrine comprensive diverse e addirittura incompatibili e, quindi, almeno in parte, per ragioni diverse; ma ciò non impedisce alla concezione politica stessa di costituire un punto di vista comune, utilizzabile per risolvere tutti insieme i problemi relativi agli elementi costituzionali essenziali. Pertanto, il concetto di ragionevolezza, legato al consenso per sovrapposizione, consente di "relativizzare" le proprie convinzioni religiose, senza snaturarle, attraverso la comprensione delle ragioni dell'altro, che viene assunto, all'interno della propria dottrina religiosa, come interlocutore possibile, in quanto portatore di un eguale, anche se contrapposta, istanza di autorealizzazione personale e sociale.

Se sul piano strettamente teorico quello del pluralismo ragionevole può essere un interessante veicolo di temperamento di istanze religiose apparentemente inconciliabili, che tuttavia devono convivere all'interno delle odierne società multiculturali, sul piano del diritto positivo, il mutamento ordinamentale derivante in particolare



dall'imporsi della costruzione europea e dunque di uno sguardo multilivello anche su tale problematica, è possibile registrare alcune novità. La prima novità è rappresentata dalla Carta europea dei diritti firmata a Nizza nel 2000 e oggi incorporata nel Trattato costituzionale europeo in corso di approvazione da parte dei diversi Stati aderenti all'Unione. A ciò deve aggiungersi l'integrazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nel sistema giuridico dell'Unione (si legge infatti nel Preambolo della Parte II del Trattato costituzionale europeo (TCE) che

«la presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...)»).

1.3.1 - Segue: Conferme normative e giurisprudenziali dell'intrinseca razionalità del pluralismo religioso

Legislazione: art. 8 – 9 – 10 – 11 - 14 CEDU – artt. 2 – 19 - 21 Cost. – Corte di Strasburgo 1993 (sent. Kokkinakis) – CEDU sent. 25 febbraio 1982 (Campbell e Cosans) – art. II-70, II-81, II-82, II-112 Trattato Costituzionale – CCEE sent. 27 ottobre 1976 causa 130/75 – CCEE sent. 12 novembre 1996 causa 84/94 – C. C. 43/97 – C.C. 467/1991 – C.C. 476/91.

Bibliografia: Ventura 2001, Colaianni 2006, Luther 1991, Groppi 2001.

Un sistema, dunque, quello attuale, integrato e multipolare di tutela della libertà religiosa. Senza entrare, in questa sede nei dettagli, va detto che la libertà religiosa, all'interno della CEDU, è esplicitamente menzionata nell'art. 9

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; questo diritto comporta la libertà di cambiare religione o convinzione, come pure la libertà di manifestare la propria religione o convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, con il culto, l'insegnamento, le pratiche e il compimento di riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni non può essere oggetto di altre restrizioni se non quelle, previste dalla legge, che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la protezione dell'ordine pubblico, della salute pubblica o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui»;



nonché, un secondo riferimento normativo essenziale, relativo al divieto di discriminazione sulla base, tra l'altro, della religione, è poi contenuto nell'art. 14,

«Il godimento dei diritti e libertà riconosciuto alla presente Convenzione deve essere assicurato senza alcuna distinzione fondata specialmente sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche e ogni altra opinione, l'origine nazionale e sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la condizione, la nascita e ogni altra situazione»,

cui si aggiungono quei diritti che sono strettamente connessi alla libertà religiosa (in particolare l'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare, l'art. 10 sulla libertà d'espressione, l'art. 11 sulla libertà di riunione e associazione e l'art. 12 sul diritto al matrimonio).

Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo va subito rilevato che essa, pur funzionante dal 1955, si è raramente pronunciata sulla violazione dell'art. 9; il primo caso è risalente addirittura soltanto al 1993 (sentenza Kokkinakis) proprio perché la stessa Corte si è mossa all'interno di un'interpretazione restrittiva dell'art. 9 che l'ha condotta a dichiarare irricevibili tutta una serie di ricorsi, motivando o nel senso dell'irrilevanza della questione rispetto alla libertà religiosa, o nel senso di una valutazione del caso sotto un profilo giuridico diverso. Una giurisprudenza, come osserva Ventura (Ventura, 2001, 64-65), che si è dunque formata «per sottrazione», attraverso decisioni negative o, in alcuni casi, non direttamente sugli articoli esplicitamente riferiti alla religione.

Spiega Colaiani

«La norma antidiscriminatoria prevista dall'art. 14 si presta agevolmente ad essere utilizzata in prima battuta perché il giudizio che si svolge davanti alla Corte di Strasburgo ha ad oggetto (non le leggi, come nei giudizi di fronte alle Corti Costituzionali nazionali) ma i casi concreti e, quindi, l'effettività dei diritti. In tal modo, tuttavia, il riconoscimento di diritti identitari "nuovi" avviene non per via diretta ma solo *per relationem* al divieto di discriminazione (...). Quando non è applicabile la norma antidiscriminatoria, invece, i diritti sostanziali stentano a trovare riconoscimento diretto e ancor più tra essi quelli culturali, siccome interpretati secondo una visione statica e non evolutiva» (Colaiani, 2006, 22-23).

Ciò avviene, in particolare, attraverso un'operazione di forte delimitazione delle fattispecie riconducibili all'art. 9, precisando come il termine "beliefs" ("convictions" in francese) che consacra la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, differisca dalle semplici opinioni o idee in quanto riguarda posizioni che raggiungono «un certo grado di



forza, serietà, di coerenza e di importanza» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Campbell e Cosans*, 25 febbraio 1982).

Quanto al Trattato costituzionale europeo e in specie alla Carta di Nizza in esso incorporata nella Parte II, va detto che la libertà religiosa è direttamente menzionata all'art. II-70,

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»;

all'art. II - 81, ove si ribadisce il divieto di discriminazione basato sulla religione; all'art. II - 82, in cui si afferma che «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»; all'art. II - 112 capo 3 si precisano ulteriormente i rapporti tra la carta europea e il sistema CEDU:

«Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Ora, posto che anche la Corte di giustizia delle comunità europee ha riconosciuto, al pari della Corte di Strasburgo, che la libertà di pensiero, di coscienza e di religione costituisce una delle basi della società democratica, la Corte di Bruxelles ha riconosciuto il rilievo della libertà religiosa, per esempio, all'interno di un contesto assai particolare, maggiormente legato alla dimensione gradualistica ed economicistica che ha connotato per lungo tempo il processo di stabilizzazione istituzionale comunitaria, affermando che nella organizzazione dei concorsi per l'accesso ai ruoli comunitari occorre tener conto degli eventuali impedimenti di ordine religioso dei candidati nella scelta delle prove (Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 27 ottobre 1976, causa 130/75, *Paris*; Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 novembre 1996, causa 84/94, con la quale è stata annullata la disposizione di una direttiva comunitaria che prevedeva la domenica come giorno di riposo settimanale; Ventura, 2004, 114 ss.).

I diritti garantiti in ambito europeo trovano pieno riconoscimento anche nella Costituzione italiana, attraverso gli artt. 19 e 21.



In particolare, la Corte costituzionale, come già accennato, nella sentenza n. 43 del 1997 ha ritenuto che gli artt. 2, 3, 19 e 21 della Costituzione

«contengono un insieme di elementi normativi convergenti nella configurazione unitaria di un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza»

affermando altresì, nella sentenza 467 del 1991, che

«la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 Cost., dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico»; di modo che, «quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o religiosi (art. 21) o della propria fede religiosa (art. 19), la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana (...) che esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti» (Luther, 1991, I, 667; T. Groppi, 2001, 92-100; cfr., inoltre, Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 476).

A tali interpretazioni fa eco, inevitabilmente, la centralità dell'individuo nella sua totalità quale punto nevralgico attorno al quale gravitano forme primarie di riconoscimento.

“Il principio personalistico, inteso nella dimensione non sostanzialistica ma intersoggettiva propria della nostra Costituzione, valorizza in senso ampio la libertà di autodeterminazione (...). Le convenzioni ideologiche e religiose (...) vengono a connotare l'identità personale e anch'esse, nel continuo processo razionale e intersoggettivo proprio della persona, ricevono, pertanto, direttamente tutela dall'art. 2 Cost.” (Colaiani, 2006, 129).

1.4 - Il sentimento religioso come fattore democratico di realizzazione personale e sociale. Una rilettura della teoria dell' «integrazione» di Rudolf Smend

Bibliografia: Ridola 2006 – Smend 1928

Ciò pone in luce diversa e, per certi aspetti, problematica la questione del principio di “neutralità” dei pubblici poteri rispetto alla



molteplicità delle visioni religiose. E, di conseguenza, lo stesso concetto di “integrazione”, con riguardo alla diversa appartenenza o identità religiosa all’interno della contemporanea società occidentali democratiche.

Il principio di “neutralità” dello Stato-apparato rispetto alla molteplicità delle visioni del mondo deve probabilmente fare i conti con le trasformazioni delle condizioni di convivenza e di comunicazione determinatesi negli ultimi decenni.

Come è stato lucidamente osservato

«il problema della configurazione del principio di neutralità nasce dal paradosso di un vissuto sociale che è solcato da una molteplicità di linee di frattura identitarie e che peraltro richiede più integrazione “inclusiva”, sebbene in funzione di accrescimento degli spazi di comunicazione pubblica anziché in funzione di omologazione culturale. Il tema della risposta a manifestazioni di determinate visioni religiose o concezioni del mondo apertamente aggressive nei confronti delle basi degli ordinamenti di democrazia liberale costituisce solo la punta d’iceberg del problema più ampio del “pluralismo etico” nello stato costituzionale contemporaneo» (Ridola, 2006, 132).

L’integrazione sociale, mediante concezioni religiose, può concepirsi solo attraverso una nozione ampia di “integrazione”, da intendersi in senso “smendiano”.

Con ciò s’intende riferirsi all’idea di un processo continuo fondato sulla cooperazione e sul consenso degli attori sociali piuttosto che sul conflitto. In particolare, qui rileva il concetto di «integrazione materiale», messo a punto da Smend.

«La realizzazione di ogni contenuto ideale di senso» spiega l’Autore «presuppone una comunità, o viceversa accresce, arricchisce, stabilizza, anzi fonda questa stessa comunità. Si può parlare di una “società delle esperienze vissute di senso” (Sozialität der Sinnerlebnisse) e soprattutto di una “comunità operativa della cultura” (Werkgemeinschaft der Kultur). I valori conducono una vita reale soltanto grazie alla comunità che ne fa esperienza e li realizza. Ma anche la comunità a sua volta vive di valori: se già l’uomo singolo, soltanto con la realizzazione di valori può diventare una personalità spirituale, ancor più ciò va detto per ogni sistema collettivo, cui manca, peraltro, l’ “in sé” (Ansich) della realtà psicofisica della vita. Allo stesso modo, anche lo Stato non è in sé una essenza reale, che verrebbe poi utilizzato come mezzo per la realizzazione di scopi esterni ad esso, ma in generale è una realtà soltanto in quanto realizzazione di senso. Quindi non può essere spiegato o giustificato con un riferimento



teologico a fini esterni ad esso, ma deve essere compreso nella sua sostanza come realizzazione dei valori »(Smend, 1928, 100).

E' interessante notare come la teorica smendiana, trattandosi di un "olismo" teleologico e non ontologico, riesca a comporre le scissioni identitarie e ideologiche all'interno di società complesse. L'integrazione materiale ha proprio a che vedere con contenuti di senso e di valore assoluti e perciò stesso integrativi. Ed è proprio questo tipo di integrazione – osserva Smend – che nelle società post moderne incontra maggiori difficoltà, per un'eccedenza di senso che le caratterizza:

«nello Stato odierno è proprio la ricchezza di questo contenuto ad ostacolare il suo effetto di integrazione: questa ricchezza è talmente immensa, che il singolo non riesce più ad abbracciarla con lo sguardo. E nel contempo, proprio per questa sua enormità e razionalità, diventa tanto estranea al singolo da dargli una sensazione di alienazione da non permettergli l'esperienza vissuta della propria partecipazione» (Smend, 1928, 102).

La soluzione offerta da Smend risulta di particolare interesse: si tratta, infatti, di dare evidenza e di riconoscere una serie di «processi rappresentativi» all'interno di un «contenuto materiale simbolizzato» simboli politici, religiosi, sociali ecc. ... (Smend, 1928, 103), che si condensa nel concetto unitario di persona entro una società storicamente data. Le Costituzioni nazionali, assieme alla Dichiarazione universale dell'ONU del 1948, alla Carta Europea del 1950, alla Carta di Nizza del 2000, rappresentano quegli "statuti"-contenitore di un contenuto materiale altamente simbolico che si rivelano «eteronomi e rigidi»,

«richiamando alla coscienza tanto la tensione tra singolo e comunità quanto l'inclusione nell'intero» (Smend, 1928, 103).

In questo contesto, «la simbolizzazione»,

«fondata storicamente nella povertà di espressione propria di epoche più arcaiche con universi di valori indifferenziati, ha trasformato questa povertà nella virtù della rappresentazione particolarmente efficace ed elastica di un contenuto di valore: un contenuto di valore simbolizzato è esperibile per ognuno "così come l'intendo io", senza quella tensione e contraddizione che vengono provocati inevitabilmente dalla formulazione e dalla statuizione. E nel contempo lo si esperisce come una pienezza totale, in un modo irraggiungibile altrimenti» (Smend, 1928, 103).

Detto in altre parole: la libertà di religione può trovare adeguata disciplina all'interno di società pluralistiche soltanto se si attribuisce al primato giuridico-costituzionale, in cui essa è sancita, un valore



simbolico (attraverso quelle disposizioni moralmente comprensive che si riferiscono alla “persona”, all’eguaglianza, alla libertà di manifestazione del pensiero etc. ...), che consenta ad ognuno di riconoscersi – secondo la sua personale ottica – in un pezzetto di quei simboli universali. È questo un concetto di «totalità intensiva» che supera il concetto di totalità meramente «estensiva» (Smend, 1928, 103) o di sovrapposizione parziale, propria di una concezione formale e avalutativa del principio di neutralità.

La concezione che qui si vuole sostenere, infatti, tende a superare quella Weltanschauung (di fatto relativista) incentrata sull’autonomia individuale e sul canone etico dell’autodeterminazione della condotta di vita, la quale è essa stessa espressione di una cultura maggioritaria che, in ogni caso, le minoranze culturali subiscono.

Di qui la duplice aporia di un principio astratto di neutralità di fronte alle differenze religiose.

Da una parte, la “cecità” nei confronti delle differenze etico-religiose, e, dall’altra parte, l’idea di un individuo isolato da legami comunitari, «che costituiscono per lo più il sostrato del radicamento di concezioni etiche o religiose» (Ridola, 2006, 133).

La teoria di Smend ci avverte, invero, della necessità di un’integrazione più profonda,

«in quanto la capacità di aggregazione di una comunità non si realizza soltanto attraverso il riconoscimento da parte di tutti di regole di una convivenza giusta, ma grazie al supporto di condizioni e pratiche di vita comuni che plasmano un’identità collettiva» (Ridola, 2006, 133).

5 – Conclusioni

Bibliografia: Pound 1962 – Ratzinger - Habermas 2004 - Baccari 1953

Da quanto esposto – sia pure in modo sommario – si può evincere che il rapporto tra sentimento religioso e forme del giuridico non può darsi una volta per tutte, ma può essere oggetto di analisi solo esplicitando preventivamente le strutture ideali sottostanti alla nozione di religione e di diritto che lo scienziato sociale ha in mente. Dunque, si tratta di un rapporto che presuppone, dall’angolo visuale del giurista, prima di tutto una certa idea di diritto. Un’idea, se possibile, inclusiva e non esclusiva, soprattutto con riguardo alle credenze religiose storicamente considerate, in particolare attraverso le istituzioni ecclesiastiche, possibili forme alternative (al diritto) di controllo sociale.



Tanto da poter determinare, nella storia degli stati moderni, un dualismo dell'assetto giuridico, che poi scompare gradualmente (Pound, 1962, 107).

Almeno fino agli attuali rigurgiti postmoderni, ove il rapporto tra politica e religione (e, per conseguenza, tra religione e diritto) pare essere sottoposto a una rinnovata tensione, determinando una inattesa e rimarcata polarità (Ratzinger - Habermas, 2004).

A parere di chi scrive – come d'altronde si è potuto osservare ponendo attenzione al filo argomentativo che si è seguito nell'esposizione – il punto di congiunzione e di sutura tra forme di diritto e tutela/riconoscimento del sentimento religioso potrebbe rinvenirsi in una concezione non asettica e avalutativa della scienza del diritto, bensì in una declinazione sostanziale di valore.

«La scienza del diritto», è stato lucidamente osservato con formulazioni anticipatrici, «differisce dalle scienze naturali, in quanto il dato delle scienze naturali rimane esterno, non viene, cioè, interiorizzato, non penetra in profondità lo spirito, viene spiegato non inteso. Il giurista non può distaccarsi, come il naturalista, dall'oggetto, poiché la suprema obiettività, che non si riscontra neppure nelle scienze date esatte, la logica formale, il rigorismo non permetterebbero di cogliere il valore umano e l'interiorità dei fenomeni giuridici, il che conferma, in un certo senso, la superiorità del giurista rispetto al naturalista, che non può penetrare nell'ultimo dei dati soggetti alla sua osservazione». (Baccari, 1953, 28-29).

La scienza del diritto – come qui si vuole intendere – ha la necessità, perciò, di plasmarsi alle più svariate configurazioni pratiche, che essa deve regolare, «unendo l'esattezza logica al criterio di equità» (Baccari, 1953, 29).

Come si è cercato di dimostrare, piegando alle ragioni del multiculturalismo la teoria smendiana dell'integrazione, i principi supremi di un ordinamento – tra cui figura, senz'altro, la libertà religiosa e la tutela del credo o del non credo che essa presuppone – possono spiegare interamente la loro efficacia soltanto nel momento in cui

«la logica e la teoria sono inseparabili dall'esperienza e dalla pratica, con un ciclo che va da un'esigenza pratica ad una formulazione teoretica per tornare ad una realizzazione pratica; onde il diritto, nato dalla società, ritorna alla società dopo essersi astratto, sublimato nel mondo della pura logica formale» (Baccari, 1953, 31).

La dialettica diritto-religione è parte della più ampia dialettica tra ragione e bisogno, tra logica e necessità spirituali dell'essere umano. Esse si autoalimentano a vicenda: ciò vuol dire che il profilo giuridico



della tutela del sentimento religioso non sta tanto nella corrispondenza tra fattispecie e caso, ma in una qualità intrinseca al diritto, alle insopprimibili necessità di giustizia che il diritto reca con sé nel momento in cui lo si intende come parte di un ampio ordine morale.

Se il diritto rinuncia alla pretesa di fondarsi esclusivamente sul principio di legalità per riportarsi a ragioni essenziali della convivenza umana, allora la tutela giuridica del sentimento religioso altro non sarà che il precipitato naturale del pieno svolgimento della coscienza sociale di una data comunità.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- Baccari R.
1953 *Il sentimento religioso nell'interpretazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Milano, vol. I, p. 1; ora in R. Coppola (a cura di), *Renato Baccari. Scritti minori*, Cacucci, Bari.
- Benedetto XVI
2006 *Deus caritas est*, Lettera Enciclica, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano.
- Bobbio N.
1983 *Pro e contro un'etica laica*, ora in Id., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano, 2006.
- Botta R.
2002 *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale. Lezioni di diritto ecclesiastico per il triennio con appendice bibliografica e normativa*, Giappichelli, Torino.
- Cavana P.
2004 *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino.
- Colaianne N.
2000 *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci, Bari.
- 2006 *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- Ferrari S.- Ibàn I.
1997 *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna.
- Filoramo G.
2004 *Che cos'è la religione*, Einaudi, Torino.



- Groppi T.
2001
Art. 10, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto, L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Il Mulino, Bologna.
- Jellinek G.
1911
Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, prolusione prorettorale tenuta il 22 novembre 1907, in ID., Ausgewählte Schriften und Reden, vol. I, a cura di W. Jellinek, Berlin Häring.
- Habermas J.- Taylor C.
2003
Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento, Feltrinelli, Milano.
- Hobbes T.
1651
Leviathan or The Matter, Forme & Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil, tr. it. di R. Santi, Leviatano, ossia La materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile, Bompiani, Milano, 2001.
- Kelsen H.
1934
Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, tr. it. di R. Treves, Lineamenti di dottrina pura del diritto, Einaudi, Torino, 2000.
- Lanzillo M. L.
2005
Il multiculturalismo, Laterza, Roma – Bari.
- Luther J.
1991
La libertà di coscienza nella dottrina teologica e politica della riforma, in Diritto Ecclesiastico, 1991, I, p. 667 ss.
- Marramao G.
2003
Passaggio ad occidente. Filosofia e globalizzazione, Bollati Boringhieri, Torino.
- Moccia L.
2005
Comparazione giuridica e Diritto Europeo, Giuffrè, Milano.
- Parisoli L.
1996
L'affaire del velo islamico. Il cittadino e i limiti della libertà, in Materiali per una storia della cultura giuridica, a XXVI, n. 1, p. 181-208.
- Pound R.
1962
Giustizia, diritto, interesse originale. Interpretations of legal history, Il Mulino, Bologna.



- Prodi P.
2000 *Una storia della giustizia*, Il Mulino, Bologna.
- Ratzinger J – Habermas J.
2004 *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia.
- Rawls J.
1982 *Teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano
- 1999 *Political Liberalism*, tr. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo Politico*, Edizioni di Comunità, Torino.
- Ridola P.
2006 *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino.
- Rimoli F.
2001 *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in R. Nania – P. Ridola *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Russo C.-Quaini P.M.
2006 *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano.
- Schmitt C.
1922 *Politiche Teologie, Vier Kapitel zur der Souveranitat*, tr. it. di P. Schiera, *Teologia Politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, Bologna, Il Mulino, 1972.
- 1925 *Römischer Katholizismus und politische Form*, nonché Id., *Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung (1917-1918)*, tr. it. di C. Galli – C. Sandrelli, *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica*, Giuffrè, Milano, 1986.
- 1970 *Politiche Teologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Teologie*, tr. it. di A. Caracciolo, *Teologia politica II. La legenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Smend R.
1928 *Verfassung und Verfassungsrecht*, tr. it. di F. Fiore – J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Ventura M.
2001 *La laicità dell'Unione. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino
- Weber M.
Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, tr. it. di E. Dosaggio – G. Giordano, *Sociologia della religione*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, vol. 1.